

Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA O RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. DESNECESSIDADE. AUDIÊNCIA EM JUÍZO NA QUAL ASSEGURADOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

2. No sistema de jurisdição una, o procedimento judicial conta com mais e maiores garantias que o procedimento administrativo, razão pela qual o segundo pode ser revisto judicialmente, prevalecendo a decisão judicial sobre a administrativa.

3. Por outro lado, em um sistema congestionado como o da Execução Penal, qualquer atividade redundante ou puramente formal significa desvio de recursos humanos da atividade principal do Juízo, inclusive e notadamente a de assegurar os benefícios legais para que ninguém permaneça no cárcere por período superior à condenação.

4. Desse modo, a apuração de falta grave em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, o que atende, por igual, ao princípio da eficiência de que cuida o art. 37 da Constituição Federal.

5. Provimento do Recurso com a afirmação da seguinte tese: *“A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em, apreciando o tema 941 da repercussão geral, dar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Foi fixada a seguinte tese: *“A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”*

Brasília, 24 a 30 de abril de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

04/05/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça, assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula nº 533 do STJ.

2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina. **PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA.**

2. O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição. A parte recorrente alega violação aos arts. 5º, XXXV, LIV, LV; e 93, IX, da Constituição. Afirma que o acórdão recorrido deixou de considerar que, para o reconhecimento da

falta disciplinar de natureza grave, a realização de audiência de justificação se mostra suficiente para apurar o ato faltoso.

3. No caso dos autos, o Juízo da Segunda Vara de Execuções Penais de Porto Alegre/RS, após audiência de justificação para apurar falta grave, supostamente cometida pela ora recorrida – fuga da Penitenciária de João Chaves, em Natal/RN, no dia 06.02.2001, com recaptura em 24.04.2014 –, determinou a perda de 1/10 dos dias remidos, manteve o regime inicial fechado e alterou a data-base para obtenção de benefícios na execução da pena.

4. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aplicando a Súmula 533, do Superior Tribunal de Justiça, reformou a decisão para afastar o reconhecimento da falta grave e a penalidade aplicada sob o fundamento de ausência de prévio procedimento administrativo disciplinar.

5. Irresignado, interpôs o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul o presente recurso, que foi admitido na origem. Em 07.04.2017, o Plenário Virtual reconheceu a existência de repercussão geral.

6. É o relatório.

04/05/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

I. A RELEVÂNCIA DO TEMA

1. Tenho sob a minha relatoria dezenas de recursos extraordinários sobre a matéria em exame. Depois de examinar a controvérsia, cheguei a uma conclusão que penso deva ser aplicada uniformemente a título de reafirmação de jurisprudência, em repercussão geral, prevenindo a necessidade de proferir centenas de decisões idênticas em todos os casos que tramitam nesta Corte.

2. Alega o Recorrente: (i) a prescindibilidade de prévio Processo Administrativo Disciplinar para o reconhecimento da falta grave e a aplicação de seus consectários, quando assegurado ao apenado, em Juízo, o exercício do contraditório e da ampla defesa, inexistindo qualquer prejuízo à defesa, que teve suas garantias constitucionais integralmente respeitadas, em face à oitiva judicial do apenado, na presença de seu Defensor; (ii) o acórdão, ao entender de forma diferente, vulnerou os dispositivos constitucionais (arts. 5º, XXXV, LIV, LV; e 93, IX), dando-lhes extensão indevida, resultando em questão capaz de influir concretamente e de maneira generalizada, numa grande quantidade de casos.

3. A adoção do entendimento dado à matéria pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul traz, como consequência, a anulação de mais de seis mil e setecentos processos judiciais de reconhecimento de falta grave, somente naquele Estado, conforme dados do Ministério Público estadual. Segundo o recorrente, estas anulações produzem profunda instabilidade na execução da pena e descrédito das instituições, na medida em que ficam sem efeito as regressões de regime determinadas, as alterações de data-base operadas e as declarações de perda de dias remidos, em situação de impunidade de faltas disciplinares sem precedentes.

II. A ORIENTAÇÃO DADA À MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4. Embora não se desconheça a existência de algumas decisões monocráticas e acórdãos em sentido contrário ao defendido pelo recorrente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre a eventual ausência ou a insuficiência de defesa técnica no PAD. Nessa linha, vejam-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. FUGA DE PRESÍDIO. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE EM PROCEDIMENTO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO (PAD). REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO NA PRESENÇA DE DEFENSOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO PROVIDO PARA, DESDE LOGO, PROVER O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (ARE 808.912, Rel. Min. Luiz Fux)

Habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática de falta de natureza grave por ausência de defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo devidamente assistido por um defensor público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Ordem denegada.

1. A alegada nulidade ocorrida no processo administrativo disciplinar foi suprida na audiência de justificação, pois, segundo se verifica nos documentos que instruem a impetração, o paciente, devidamente assistido por um defensor público constituído, foi ouvido em juízo, quando da audiência de justificação.

2. Desta feita, foi alcançando, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar, não havendo, portanto, que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF)

3. Ordem denegada. (HC 112.380, Rel. Min. Dias Tofolli)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE EM JUÍZO (AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO): INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 981.901, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia)

PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF. ART. 102, I, D E I. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO ATO DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE SANÁVEL COM A OITIVA DO CONDENADO EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. A Lei de Execuções Penais não impõe a obrigatoriedade de instauração do procedimento administrativo disciplinar, sendo, entretanto, imprescindível a realização de audiência de justificação, para que seja dada a oportunidade ao Paciente do exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. A oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público supre eventual nulidade decorrente da ausência ou deficiência de defesa técnica no curso de Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Precedentes: HC 109.536, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 15.06.12; RHC 109.847, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 06.12.11; HC 112.380, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 22.06.12.

3. *In casu*, a) o Juízo da Execução deixou de homologar o PAD sob o fundamento de ausência de defesa técnica no ato do interrogatório, destacando que a nomeação de advogado dativo vinculado ao órgão acusador (SUSEP) para atuar no feito violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa; b) A Corte Estadual, no julgamento do agravo em execução interposto pelo Ministério Público afirmou que o ato do interrogatório realizado na via administrativa não acarretou qualquer prejuízo à defesa, bem como determinou fosse realizada audiência de justificação, nos termos do artigo 118, § 2º, da LEP.

4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição Federal, sendo certo que os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte, por isso que inadmissível o *writ* substitutivo de recurso ordinário.

5. Outrossim, no caso sub examine, não há excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem.

6. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC 110.278, Rel. Min. Luiz Fux)

5. Ainda, na mesma linha: HC 109.536, Primeira Turma, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia; RHC 109.847, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 109.542, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes.

III. A SOLUÇÃO PROPOSTA

6. Como se viu, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência

ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

7. Esse entendimento se sustenta no fato de que, no sistema de jurisdição una, o procedimento judicial conta com mais e maiores garantias que o procedimento administrativo. Esta a razão pela qual a decisão administrativa sempre pode ser revista judicialmente, prevalecendo, sempre, a decisão judicial sobre a administrativa.

8. Além disso, entendo que o art. 59 da Lei de Execuções Penais, ao exigir a instauração de um processo administrativo disciplinar, pretendeu obstar a arbitrária imposição de sanções pela autoridade administrativa, sem que fosse assegurado o contraditório e a ampla defesa. Não se extrai desse dispositivo uma vedação a que a apuração da falta grave se dê em juízo, com a observância dessas garantias.

9. É de se ressaltar que na audiência de justificação não há impedimento de que o apenado junte documentos e arrole testemunhas, exercendo assim de forma plena o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

10. Por outro lado, em uma estrutura congestionada como o da Execução Penal, qualquer atividade redundante ou puramente formal significa desvio de recursos humanos ou da atividade principal do Juízo, inclusive e notadamente a de assegurar os benefícios legais para que ninguém permaneça no cárcere em prazo superior à condenação.

11. De modo que a apuração de falta grave em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal, não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, o que atende, por igual, ao princípio da eficiência de que cuida o art. 37 da Constituição Federal.

12. Diante do exposto, dou provimento ao recurso com a afirmação da seguinte tese: *“a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”*

13. É como voto.

04/05/2020
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

**PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Cuida-se de Recurso Extraordinário, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, submetido à sistemática da repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Consta nos autos que a Recorrida foi condenada à pena de 14 anos, com regime inicial fechado, como incurso aos crimes versados no artigo 121, § 2º, inciso I e IV, do Código Penal. Iniciou o cumprimento da reprimenda em 13/11/1997; contudo, fugiu em 06/02/2001, sendo recapturada em 24/4/2014. Em audiência datada de 5/5/2015 (*fl.* 2-3, processo origem), o magistrado de piso reconheceu a falta grave e, mantendo o regime fechado, determinou a alteração da data-base e a perda de 1/10 dos dias remidos.

Contra essa decisão insurgiu-se a Recorrida (*fl.* 11-14, processo origem), alegando não ter havido prévia instauração do Processo Administrativo Disciplinar – PAD para apuração da falta disciplinar. O membro do *Parquet* em segunda instância manifestou-se pelo reconhecimento da nulidade da decisão recorrida (*fl.* 49-57, processo origem).

O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso defensivo (*fl.* 59-62, processo origem) para, acolhendo a preliminar arguida, afastar a falta grave da Recorrida. A ementa do aresto restou assim digitada:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula nº 533 do STJ.

2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina.

PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA.

Opostos os embargos aclaratórios pelo ora Recorrente (*fl. 69-74v*, processo origem), ao argumento de que a decisão contrariou jurisprudência do STF, o Tribunal não os acolheu (*fl. 76-78*, processo origem), em acórdão assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECONHECIMENTO DE FALTA DISCIPLINAR. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.

A questão referente ao reconhecimento da falta disciplinar sem instauração do respectivo procedimento administrativo, mas realizada a audiência de justificação, foi enfrentada no voto condutor. Inexistente, portanto, a omissão suscitada.

A Súmula nº 533 do STJ, oriunda do REsp nº 1.378.557/RS, dispõe ser imprescindível a instauração do PAD para o reconhecimento da indisciplina, competência do administrador do estabelecimento prisional.

EMBARGOS DESACOLHIDOS.

Ascendeu a esta CORTE através de Recurso Extraordinário (*fl. 86-91*, processo origem), admitido na origem (*fl. 115-119*, processo origem), amparado nos seguintes preceitos constitucionais: artigos 5º, inciso XXXV, 127 e 129; e, subsidiariamente, artigo 93, IX.

As razões recursais foram assim ementadas:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCINDIBILIDADE. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. EXISTÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. O Direito Constitucional brasileiro contemplou o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, que veda o *non liquet* jurisdicional e torna inexigível o prévio esgotamento das instâncias administrativas para a busca da tutela de interesses diretamente perante o Judiciário, sob pena de ofensa ao direito fundamental de amplo acesso ao Poder Judiciário, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

2. Ademais, o Ministério Público possui legitimidade para deflagrar procedimento judicial, independentemente de anterior formação

de processo administrativo, incumbindo-lhe o requerimento de regressão de regime, um dos consectários do reconhecimento da falta disciplinar de natureza grave. Entendimento em contrário traduziria indisfarçável afronta aos dispositivos antes referidos e à própria Carta Maior, considerando-lhe a definição constitucional do Ministério Público como fiscal da lei, defensor da ordem jurídica, guardião do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com amplo acesso à via judicial para dar concretude às suas funções constitucionais. (art. 127 e 129 da Constituição Federal)

3. A Câmara de origem foi devidamente provocada a manifestar-se sobre a violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, matéria alegada nos embargos de declaração, persistindo na omissão. Negada vigência ao art. 93, IX, da CF/88. Tese subsidiária para o caso de ser considerado que não houve prequestionamento.

Este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a existência de repercussão geral sobre a matéria e, no mérito, não reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, a ser analisada no Plenário físico (*peça 14*), em julgado com a seguinte ementa:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Nos termos das recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

2. Assim sendo, a apuração da prática de falta grave perante o juízo da Execução Penal é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa. (art. 5º, LIV e LV, da CF)

3. Reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Foram admitidos pelo Relator (*peça 23*) como amigos da Corte os seguintes postulantes: (a) a Defensoria Pública da União (*peça 4*, pet. 37.082/2017); (b) a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (*peça 18*, pet. 66.293/2017).

É a síntese do necessário.

É tranquila a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a oitiva do sentenciado pelo Juízo da Execução supre a necessidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para apuração de falta grave.

Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Agravo regimental em *habeas corpus*. 2. Execução Penal. 3. Cometimento de falta grave. 4. Definição de nova data para contagem de benefícios e perda de dias remidos. Manutenção em regime fechado. 5. Ausência de audiência de justificação não violou o contraditório e a ampla defesa. 6. Agravante devidamente ouvido durante a instrução do PAD e audiência devolutiva. 7. Ausência de constrangimento ilegal. 8. Negativa de provimento ao agravo regimental. (HC-AgR 150.745/RO, 2ª. Turma, rel. Min. GILMAR MENDES)

Habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática de falta de natureza grave por ausência de defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo devidamente assistido por um defensor público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Ordem denegada. 1. A alegada nulidade ocorrida no processo administrativo disciplinar foi suprida na audiência de justificação, pois, segundo se verifica nos documentos que instruem a impetração, o paciente, devidamente assistido por um defensor público constituído, foi ouvido em juízo, quando da audiência de justificação. 2. Desta feita, foi alcançando, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar, não havendo, portanto, que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF). 3. Ordem denegada. (HC 112380/RS, rel. Min. DIAS TOFFOLI)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR ADMINISTRATIVO (PAD). SUPOSTA VULNERAÇÃO AO ARTIGO 5º, II E XXXIX, DA CF/88.

MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, II, XXXIX, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (Re-AgR 970.16/RS, rel. Min. LUIZ FUX)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. FALTA GRAVE. NULIDADE DO PAD. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. O entendimento consignado na decisão agravada reproduz a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Obstada a análise da suposta afronta aos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Carta Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta. 3. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 4. Agravo interno conhecido e não provido. (ARE-AgR 819.921/RS, rel. Ministra ROSA WEBER)

Ainda nesse sentido, no RE 1.166.716/RS proferi decisão monocrática reconhecendo a possibilidade de reconhecimento de falta grave se o contraditório e a ampla defesa puderam ser devidamente exercidos na via judicial, prescindível a instauração de PAD, anotando-se que essa decisão veio a ser confirmada em julgamento de agravo regimento pela Primeira Turma (acórdão publicado em 12/3/2019).

Por essas razões, voto pelo provimento do recurso.

**04/05/2020
PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Relator Roberto Barroso.

Apenas para indicar os aspectos essenciais da controvérsia e, bem assim, para subsidiar minha manifestação em sentido divergente do de Sua Excelência, rememoro que o presente recurso extraordinário, submetido ao regime da repercussão geral, tem como tema:

Saber se a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

No presente caso, a recorrida fugiu de estabelecimento prisional no Rio Grande do Norte, em 06.02.2001, tendo sido recapturada, em 24.04.2014, no Estado do Rio Grande do Sul. A falta grave que se lhe imputa é, portanto, a de fuga de estabelecimento prisional, nos termos do art. 50, II, da Lei de Execução Penal. Ouvida em audiência de justificação, a recorrida, na presença do defensor e do membro do Ministério Público, teve reconhecida a prática de falta grave, com os consectários a ela inerentes.

O Tribunal de origem, em julgamento do agravo em execução interposto pela ora recorrida, aplicou o entendimento fixado em sede de recurso especial repetitivo, para afastar o apenamento ante a inexistência de processo disciplinar.

O e. Relator do presente recurso extraordinário acolhe, em seu voto, o recurso do Ministério Público, para fixar a tese de que “a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena”.

Era brevemente o que tinha a rememorar.

Registro, inicialmente, que os precedentes trazidos pelo e. Ministro Relator (HC 112.380, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 981.901, Rel. Ministra Cármen Lúcia; HC 110.278, Rel. Min. Luiz Fux; HC 109.536, Rel. Ministra Cármen Lúcia; RHC 109.847, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 109.542, Rel. Min. Gilmar Mendes) têm em comum não apenas o entendimento que ora ampara o voto proferido por Sua Excelência, no sentido da desnecessidade do PAD nos casos de fuga, mas também têm como origem o mesmo tribunal, isto é, o do Estado do Rio Grande do Sul.

É também do Rio Grande do Sul o precedente do Superior Tribunal de Justiça firmado em sede de recurso representativo de controvérsia REsp n. 1.378.557.

A razão pela qual esse entendimento tem uma origem comum deve-se, como se extrai da leitura desses acórdãos, a um dispositivo constante do regulamento penitenciário local (Decreto 46.534, de 2009), que dispensa, nos termos de seu art. 22, III, a instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar nos casos de “fuga” e de prática de “qualquer fato previsto como crime doloso na lei penal vigente”.

Muito embora não possa o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, examinar a legislação local – especialmente se não prequestionada à ofensa a Constituição – nem realizar um controle de legalidade, é preciso reconhecer, como *obiter dictum*, que a disposição constante da legislação local contrasta com o que prevê a Lei de Execução Penal:

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, *deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.*

Parágrafo único. A decisão será motivada.

Por isso, posta a questão nesses termos, afigura-se correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, soberano no exame da compatibilidade das decisões dos Tribunais contestadas em face da legislação federal, no sentido de que “para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”. (Súmula n. 533/STJ)

Ademais, ainda que os Estados da federação tenham, nos termos do art. 24, I, da CRFB competência para legislar concorrente sobre direito penitenciário, devem eles observar a prevalência da norma federal sempre que, de forma nítida, o legislador federal afastar o exercício da competência suplementar dos Estados (art. 24, § 4º, da CRFB). Quanto ao sentido da norma federal, bem indica André Giamberardino sua inequívoca interpretação:

Não há nenhuma ressalva quanto à aplicação do enunciado aos casos de falta grave por fuga e pela prática de novo crime doloso, sendo também necessário, em tais casos, a instauração de procedimento administrativo disciplinar. (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Comentário à Lei de Execução Penal*. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, p. 113)

Assim, tendo em vista que o comando constante do art. 59 da Lei de Execuções Penais exige a instauração do PAD em todas as hipóteses de falta grave, não têm eficácia as normas locais que criem exceções ao comando legal expresso.

Não obstante escapem essas considerações ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos de recurso extraordinário, elas servem para bem localizar o cerne da controvérsia ora submetida a julgamento, a saber, definir se o direito ao contraditório ampara a previsão legal no sentido de ser obrigatória a instauração da PAD em todas as hipóteses de falta grave, inclusive as decorrentes de fuga e da prática de outra infração penal.

A resposta à questão, com as vênias do e. Ministro Roberto Barroso, é afirmativa, isto é, apenas pela competente instauração do procedimento administrativo disciplinar é que o direito à ampla defesa e ao contraditório está assegurado. Isso se deve tanto à independência das instâncias criminal e administrativo-disciplinar quanto à necessidade de produção oficial dos atos inerentes ao exercício do direito de defesa.

A separação de instâncias visa a estabelecer regras próprias para a apuração de infrações criminais, de um lado, e, de outro, as de natureza disciplinar, que criam um mecanismo de sanções e recompensas realizando não apenas o direito à individualização das penas, como também a própria ressocialização do preso, sua reforma e readaptação social, nos termos do que exige o Pacto de São José da Costa Rica, em seu Artigo 5, § 6º.

A Lei de Execução Penal manifesta essa separação, que deriva da própria separação de poderes, prevendo não apenas instâncias próprias de apuração, como também expressamente indicando que eventual prática de infração penal, na medida em que também constitui falta grave, não desonera o preso da responsabilização disciplinar, nos termos de seu art. 52, *caput*:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características.

Coerente com a ideia de separação de instâncias está também a atribuição de competência própria à autoridade administrativa para exercer o poder disciplinar, nos termos do art. 47 da LEP, cujo desempenho está condicionado à constatação de ofensas ao regime disciplinar. Noutras palavras, a imputação e a apuração de violações aos deveres próprios do preso, enquanto pessoa submetida a um regime especial de sujeição, dependem, nos estritos termos do art. 5, LIV, da CRFB, da instauração do procedimento administrativo disciplinar.

Ademais, a atuação própria dos órgãos da Administração no que tange à realização de suas missões institucionais dá-se, como decorre do regime de direito público, de ofício, porquanto a apuração e o sancionamento não se inserem no âmbito da discricionariedade administrativa. Se a instauração e a instrução são de competência exclusiva da autoridade administrativa e se o procedimento é requisito para o sancionamento, o direito de defesa está subordinado ao competente esclarecimento dos fatos, com a garantia de ampla participação dos interessados. Vale dizer, é o procedimento administrativo disciplinar a base material sob a qual o direito à ampla defesa é assegurado, sendo, pois, indispensável para a configuração da infração disciplinar. Ausente o procedimento conclusivo no que tange à apuração da materialidade e do juízo de imputação fica comprometido o direito de defesa e se deslegitimam quaisquer pretensões sancionatórias por parte do Estado.

O fato de a conclusão do procedimento, nos casos de infração grave, culminar com a representação ao juiz competente (art. 118, I, da LEP) não desnatura o poder-dever da Administração de plenamente esclarecer a materialidade da falta grave, quer porque apenas a ela cabe o impulso oficial, quer porque o esclarecimento de todas as circunstâncias do fato, inclusive em relação ao eventual envolvimento de seus servidores na prática de infração, é de seu primeiro interesse.

Diante do exposto, renovando o pedido de vênha ao e. Relator, nego provimento ao recurso extraordinário e mantenho, para efeitos de tese de repercussão geral, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a garantia da ampla defesa e do contraditório exige que o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal seja precedido da instauração de procedimento administrativo disciplinar, assegurada a representação por advogado constituído ou defensor público nomeado”.

É como voto.

04/05/2020
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (VOGAL):

1. Resumo do caso e questão constitucional debatida

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida por esta Suprema Corte – tema 941 (eDOC 14) –, em que se discute a necessidade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) para o reconhecimento da prática de falta grave no curso da execução penal.

O acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul afastou o reconhecimento da indisciplina, em razão da inexistência de PAD, restando assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp n. 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula n. 533 do STJ. 2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina. PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA. (eDOC 2, p. 75)

Nesse ponto, o Ministério Público do Rio Grande do Sul alega em suas razões recursais que a existência prévia de PAD se mostra prescindível para o reconhecimento da prática de falta grave, quando há a realização de audiência de justificação com a presença do defensor. Eis os argumentos do *Parquet* estadual:

Ainda, quanto à preliminar de nulidade arguida pelo agravante, em virtude da não instauração de PAD, não merece ser acolhida, uma vez que se realizou audiência de justificativa, com a presença e manifestação da Defensoria Pública, apurando-se o fato a partir da prévia oitiva judicial da apenada, conforme norteiam os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (...). Por fim, oportuno observarmos que em recentes precedentes dessa e. 1.0 Câmara Criminal a prescindibilidade do PAD para apuração de determinadas faltas graves, como a que ora é analisada, veio assentada após profundos estudos sobre o tema. Dos arestos cujas ementas seguem abaixo transcritas se extrai que a orientação firmada pela Terceira Seção do STJ no REsp nº 1.378.557/RS não deve ser adotada cegamente, pois não só desconsiderou preceitos constitucionais (e infraconstitucionais), mas também porque não levou em consideração que há significativa diferença entre as diversas espécies de falta de natureza grave que podem ser cometidas pelo preso (...). (eDOC 2, p. 48-66)

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul pleiteia em suas contrarrazões a manutenção do acórdão proferido pela Corte estadual nos seguintes termos:

Como bem ressaltado pelo acórdão vergastado pelo Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula que esclarece a contenda, qual seja, a Súmula 533, que dispõe, *in verbis*: *Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado*. Nesse passo, impõe-se NÃO seja o Recurso Extraordinário em liça admitido e, alternativamente, IMPROVIDO. (eDOC 2, p. 164)

Em decisão monocrática do relator, Min. Luís Roberto Barroso, foram admitidos como amigos da corte a Defensoria Pública da União (DPU) e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DP/RJ). (eDOC 23, p. 1)

Trata-se, portanto, de se verificar se a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

A questão constitucional em debate envolve, portanto, a necessidade de procedimento administrativo disciplinar prévio e a alegação de ofensa à independência

das instâncias administrativa e judicial. Os dispositivos constitucionais e legais em discussão são: Súmula 533 do STJ; CF/1988, art. 5º, XXXV, LIV e LV.

2. Do necessário respeito aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (CF, art. 5, LIV e LV)

Primeiramente, ressalte-se o entendimento de que a realização de audiência em juízo – audiência de justificação –, na qual seja assegurado ao condenado o direito ao contraditório e à ampla defesa, supre a necessidade do prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD) para o reconhecimento de falta grave, assim como supre eventual inexistência ou insuficiência da defesa no plano administrativo, devidamente sanada no âmbito judiciário.

Nessa linha de raciocínio, cito precedente do Ministro Presidente Dias Toffoli:

Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática da falta de natureza grave por ausência de procedimento administrativo disciplinar (PAD). (...) 1. Ao contrário do que afirma a recorrente, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar (...), o qual não foi homologado pelo Juízo de Direito da Vara de Execução Criminal de Novo Hamburgo/RS, que entendeu que a defesa do apenado deveria ser feita por advogado habilitado. 2. No entanto, essa irregularidade foi suprida pela repetição do procedimento em juízo, quando foi feita a oitiva do paciente, devidamente acompanhado de seu defensor e na presença do Ministério Público estadual. Portanto, não há que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa no ato que reconheceu a prática de falta grave pelo paciente. 3. Aquele juízo na audiência de justificação, ao não potencializar a forma pela forma, que resultaria na pretendida nulidade do PAD pela defesa, andou na melhor trilha processual, pois entendeu que aquele ato solene teria alcançado, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo em questão. Cuida-se, na espécie, do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial (art. 154 do CPC) e, ainda que a lei prescreva determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz poderá, mesmo que realizado de outro modo, considerá-lo hígido quando tenha alcançado sua finalidade essencial.

Destaque-se que o enunciado 5 da Súmula Vinculante deste Tribunal – editado com base em precedente de minha relatoria – tangencia o tema debatido e merece ser aqui enfrentado. Transcreva-se o enunciado e o precedente:

Súmula Vinculante 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da CF de 1988 (...). *Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar (...).* (RE 434.059, de minha relatoria, j. 7.5.2008)

No entanto, é sabido que, após a publicação do referido enunciado, em maio de 2008, vem se consolidando o entendimento nesta Corte, inclusive com julgado de minha relatoria, de que tal preceito sumular não se aplicaria ao processo administrativo disciplinar para apurar falta grave em estabelecimentos prisionais. Veja-se:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a Súmula Vinculante não é aplicável em procedimentos administrativos para apuração de falta grave em estabelecimentos prisionais. Tal fato, todavia, não permite ampliar o alcance da referida súmula vinculante e autorizar o cabimento desta reclamação, pois o acórdão reclamado apenas adotou o verbete como uma das premissas para decidir no caso concreto. (Rcl. 9.340, rel. Min. Riardo Lewandowski, j. 26.8.2014)

Ressalte-se que, no caso em espécie, a presença de assistente jurídico da penitenciária não garante a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois sem o devido acompanhamento de advogado ou de defensor público nomeado. (AI 805.454, rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática j. 1.8.2011)

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou o texto da Súmula Vinculante 5. Todavia, esse enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível. Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com presença de advogado constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa, em observância às regras específicas (...). (RE 398.269, de minha relatoria, j. 15.12.2009)

Como pode ser observado nas decisões acima transcritas, no caso de reconhecimento de falta grave em estabelecimentos prisionais, é necessário que haja o *efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, por meio de defesa técnica habilitada, respeitando-se o devido processo legal, para que o prévio procedimento administrativo disciplinar não seja considerado inconstitucional ou nulo.*

Isso significa que o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa representa um pressuposto de validade do procedimento administrativo disciplinar prévio à decisão judicial pelo Magistrado da execução penal.

Não significa, contudo, que o procedimento administrativo disciplinar seja um pressuposto de validade da decisão judicial que reconhece o cometimento de falta grave, já que a essência constitucional determinante que confere validade à decisão judicial é o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e não a realização do processo administrativo.

Os princípios constitucionais são pressupostos de validade do procedimento administrativo disciplinar e não o contrário. O procedimento administrativo disciplinar não é pressuposto de validade para realização dos princípios constitucionais.

A consequência lógica de tal equação jurídica é que o procedimento administrativo disciplinar é dispensável para a decisão judicial que reconhece a falta grave, no curso da execução penal, *se o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, por meio de defesa técnica devidamente habilitada, respeitando-se o devido processo legal, se der de forma plena, porém, de outro modo que não seja no curso do procedimento administrativo disciplinar.*

Sobre o princípio do contraditório, confira-se posição da doutrina acerca de seus contornos mais relevantes:

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade processual. O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação –, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade. (GONÇALVES, 1992, p. 127)

Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionais). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 97-98)

Sua conclusão é no sentido de que “o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade”.

A ampla defesa soma-se ao contraditório e ambos constituem a pedra de toque do devido processo legal, sobretudo do direito processual penal:

Embora ainda haja defensores da ideia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base. É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da garantia de participação, isto é, a garantia de a parte poder impugnar – no processo penal, sobretudo a defesa – toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação. Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado. (PACCELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 49)

Diante disso, considera-se, de fato, dispensável a realização de prévio procedimento administrativo disciplinar quando os direitos ao contraditório e à ampla defesa restarem devidamente concretizados diante do Juiz da execução em audiência de justificação, que é o competente para realizar o controle judicial da matéria e decidir sobre a questão.

3. Do necessário respeito ao princípio da reserva jurisdicional (CF, art. 5, XXXV) – do sistema uno de jurisdição no direito brasileiro

Parte-se aqui do pressuposto de que, em nosso sistema uno de jurisdição, o procedimento judicial contará sempre com uma estrutura mais adequada para a proteção das garantias individuais do que o procedimento administrativo. Por essa razão, o procedimento administrativo poderá, sempre, ser revisto na esfera judiciária para exame da legalidade do ato, prevalecendo a decisão judicial sobre a decisão administrativa. Isso de acordo com o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nesse sentido, o art. 194 da Lei de Execução Penal determina que os procedimentos por ela disciplinados serão judiciais, o que inclui o próprio art. 59 do referido diploma legal, que regulamenta a questão do procedimento administrativo disciplinar. Confira-se a redação dos referidos dispositivos:

Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Isso significa que é a autoridade judicial quem tem a competência para reconhecer, ou não, o cometimento de falta grave, não estando ela vinculada a quaisquer procedimentos administrativos na formação de sua íntima convicção, nos termos do art. 93, IX, da CF.

Na mesma linha argumentativa, manifesta-se o Ministério Público Federal acerca da não vinculação da instância judiciária à esfera administrativa:

Entendimento no sentido oposto, de que o órgão judicial depende da prévia interpretação do fato por parte da autoridade administrativa, representa nítida ofensa ao princípio da *inafastabilidade de jurisdição*, pois retira do órgão competente a atribuição de adotar medidas repressivas diante do cometimento de uma infração disciplinar tipificada na lei ordinária e que o diretor do estabelecimento prisional, por razões diversas, mesmo que por conveniência ou

oportunidade, deixe de instaurar o PAD, ou considere ser a falta leve ou média. (eDOC 2, p. 64)

Tanto é assim, que o art. 48, parágrafo único, da Lei de Execução Penal prevê que, no caso de faltas graves, a autoridade administrativa deve, necessariamente, representar ao Juiz da execução:

Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Parágrafo único. *Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei.*

Sobre o princípio da reserva jurisdicional, cito julgado de relatoria do decano, Min. Celso de Mello:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. (STF – Informativo 162, 12.5.2000, MS N. 23.452-RJ)

Na doutrina, entende-se que a norma é forma clara e inequívoca de uma proteção judicial efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais, difusos e coletivos:

A ordem constitucional brasileira assegura, de forma expressa, desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (CF/88, art. 5º, XXXV). Tem-se aqui, pois, de forma clara e inequívoca, a consagração da tutela judicial efetiva, que garante proteção judicial contra lesão ou ameaça a direito. Ao lado dessa expressa garantia geral, o texto constitucional consagra garantias especiais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção, como instrumentos destinados à defesa da liberdade de ir e vir (*habeas corpus*), das liberdades públicas em geral em face do Poder Público (mandado de segurança), dos direitos de caráter positivo em face de eventual lesão decorrente de omissão legislativa (mandado de injunção) e dos direitos de autodeterminação sobre dados (*habeas data*). (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443)

Em países com democracia consolidada, a exemplo da Alemanha, a inafastabilidade da jurisdição na proteção das garantias individuais representa, igualmente, um postulado constitucional. A Constituição Federal da Alemanha (*das Grundgesetz*) prevê em seu 103 (1) que a todos é garantido o direito de ser ouvido por um Tribunal (*Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör*). A doutrina de Schmidt-Bleibtreu e Klein esclarece que o preceito constitucional garante tanto que nenhum cidadão seja tratado como um objeto pela jurisdição, sem a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos perante o Magistrado, como que eventuais ofensas a princípios constitucionais sejam devidamente corrigidas pelo Poder Judiciário. (SCHMIDT-BLEIBTREU; KLEIN. *Kommentar zum Grundgesetz*. Kriftel: Luchterhand, 1999. p. 1516-1520)

Diante disso, cabendo ao Poder Judiciário a última palavra quanto à legalidade do ato, não se afigura eficiente a realização de duplo procedimento para finalidade similar, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa concretizados diante do Juízo da execução em audiência de justificação.

4. Dispositivo

Pelo exposto, acompanho o Min. Relator, Roberto Barroso, e dou provimento ao presente recurso, com a fixação da seguinte tese: *A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.*

04/05/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão que possui a seguinte ementa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. FUGA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.378.557/RS, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), pacificou o entendimento de que para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave pelo juízo da execução é imprescindível a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar, observando o contraditório e a ampla defesa. Aplicação da Súmula nº 533 do STJ. 2. No caso dos autos, não foi instaurado PAD para apuração da falta disciplinar imputada à apenada, razão pela qual deve ser afastado o reconhecimento da indisciplina. PRELIMINAR ACOLHIDA. FALTA GRAVE AFASTADA. (p. 75 do vol. 1)

Neste RE, interposto com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, alega-se violação do art. 5º, XXXV, da mesma Carta.

A tese colocada em julgamento é a seguinte:

EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO NA PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO DEFENSOR. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PRÉVIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. SÚMULA Nº 533 DO STJ. CF/88, ART. 5º, XXXV, LIV E LV.

Saber se a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.

Passo ao voto.

Não desconheço a jurisprudência mais antiga desta Suprema Corte, assentada no sentido de que, como a Lei de Execuções Penais não impõe a obrigatoriedade de instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), a realização de audiência de justificação, realizada na presença do defensor e do Ministério Público, supre eventual nulidade decorrente da ausência ou deficiência de defesa técnica no curso daquele procedimento administrativo instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Entre outros, refiro-me aos seguintes julgados:

PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR *HABEAS CORPUS*: CF. ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NO ATO DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE SANÁVEL COM A OITIVA DO CONDENADO EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. "A Lei de Execuções Penais não impõe a obrigatoriedade de instauração do procedimento administrativo disciplinar, sendo, entretanto, imprescindível a realização de audiência de justificação, para que seja dada a oportunidade ao Paciente do exercício do

contraditório e da ampla defesa.” 2. A oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público supre eventual nulidade decorrente da ausência ou deficiência de defesa técnica no curso de Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado para apurar a prática de fala grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade. Precedentes: HC 109.536, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 15.06.12; RHC 109.847, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 06.12.11; HC 112.380, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 22.06.12. 3. *In casu*, a) o Juízo da Execução deixou de homologar o PAD sob o fundamento de ausência de defesa técnica no ato do interrogatório, destacando que a nomeação de advogado dativo vinculado ao órgão acusador (SUSEP) para atuar no feito violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa; b) A Corte Estadual, no julgamento do agravo em execução interposto pelo Ministério Público afirmou que o ato do interrogatório realizado na via administrativa não acarretou qualquer prejuízo à defesa, bem como determinou fosse realizada audiência de justificação, nos termos do artigo 118, § 2º, da LEP. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte, por isso que inadmissível o *writ* substitutivo de recurso ordinário. 5. Outrossim, no caso *sub examine*, não há excepcionalidade que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem. 6. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC 110.278/RS, Rel. Min. Luiz Fux)

Habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática de falta de natureza grave por ausência de defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo devidamente assistido por um defensor público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Ordem denegada. 1. A alegada nulidade ocorrida no processo administrativo disciplinar foi suprida na audiência de justificação, pois, segundo se verifica nos documentos que instruem a impetração, o paciente, devidamente assistido por um defensor público constituído, foi ouvido em juízo, quando da audiência de

justificação. 2. Desta feita, foi alcançando, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar, não havendo, portanto, que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF). 3. Ordem denegada. (HC 112.380/RS, Rel. Min. Dias Toffoli)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. FUGA DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA QUANDO OUVIDO O PACIENTE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEFICIÊNCIA SUPRIDA PELA OITIVA EM JUÍZO COM A PRESENÇA DE DEFENSOR. 1. Procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave no qual o Paciente foi ouvido sem a assistência da defesa técnica. Oitiva realizada no juízo das execuções com a presença de defensor público que supre essa deficiência. Precedente. 2. Ordem denegada. (HC 109.536/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia)

Habeas corpus. 2. Prática de falta grave. 3. Alegação de nulidade de decisão judicial que entendeu pela desnecessidade da instauração de processo administrativo-disciplinar. Nulidade não evidenciada. Audiência de justificação perante autoridade judiciária, com presença do Ministério Público e da Defensoria Pública em que se garantiu ampla defesa e contraditório. 4. *Habeas corpus* indeferido. [...]. (HC 109.542/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes)

Todavia, peço vênia ao eminente Relator para dele divergir. No caso, adoto o entendimento que foi fixado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE 969.367-AgR/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em acórdão assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO APENAS EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (LEP, ART. 59), EM QUE SE ASSEGURE O DIREITO A AMPLA DEFESA – PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

No referido julgamento, o Ministro Celso de Mello destacou aspectos que reputo de suma importância para assegurar ao condenado as garantias constitucionais

pertinentes, entre elas a de ser submetido a procedimento próprio quando se objetiva apurar suposta falta disciplinar de natureza grave, com possibilidade de agravamento de sua condição carcerária. Veja-se:

Com efeito, cumpre destacar, quanto ao tema suscitado nestes autos e ante a inquestionável procedência de suas observações, fragmento da decisão que o eminente Ministro GILMAR MENDES, Relator, proferiu no ARE 709.383/RS:

(...) manifesto meu entendimento consoante o posicionamento doutrinário e jurisprudencial anterior. O procedimento administrativo disciplinar (PAD) deve ser garantido, como também sua regularidade deve ser resguardada.

Trata-se de violação ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a simples supressão do procedimento. O ordenamento jurídico brasileiro, de forma mais evidente com relação às leis penal e execução penal, garante o devido processo legal, a fim de que os princípios da ampla defesa e do contraditório sejam efetivados concretamente e materialmente, haja vista o direito de ir e vir do indivíduo estar em jogo.

O raciocínio delineado é simples: o procedimento administrativo disciplinar é o imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave. Esta corte já salientou que, conquanto presente o PAD, caso esteja eivado de nulidade (ex.: ausência de defesa técnica), esta deve ser reconhecida. (RHC 104.584, de minha relatoria, DJe 3.6.2011 e RE 398.269/RS, de minha relatoria, DJe 26.2.2010)

Por conseguinte, se PAD eivado de irregularidade e a decisão que o homologou são nulos, quanto o mais a ausência deste.

A audiência de justificação com a presença de defesa técnica não tem o condão de suprir a nulidade do PAD, haja vista serem fases distintas, ambas com seus objetivos e competências descritas na lei, já salientados nos trechos do acórdão do STJ. Por isso mesmo, deve ser garantido o procedimento administrativo disciplinar regular ao apenado. (Grifei.)

Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta

Corte, a propósito de questão idêntica à que ora se examina nesta sede recursal. (ARE 791.206/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 970.128/RS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RE 982.969/RS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RE 989.206/RS Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.)

Nessa mesma linha de raciocínio, relembro o voto que proferi na ADPF 347, quando destaquei a importância de que juízes e tribunais considerem fundamentadamente o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro, no momento do implemento de cautelares penais na aplicação da pena e durante o processo de execução.

Enfatizei que as prisões não podem comportar número maior de presos do que fisicamente podem suportar. Os juízes da execução devem observar o princípio da capacidade prisional taxativa, o que a doutrina chama de *numerus clausus* no que tange às prisões. Ou seja, não se pode mandar para um estabelecimento prisional mais pessoas do que ele comporta.

Também concordei, naquela assentada, que se determinasse aos juízes que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo, sob pena de incorrer-se em indesejável excesso de execução.

É nessa perspectiva que considero imprescindível a instauração de procedimento administrativo disciplinar (PAD) pela autoridade penitenciária, nas hipóteses em que houver de apurar-se o cometimento de falta disciplinar pelo encarcerado.

Com essas observações, nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Lei de Execução Penal – artigo 59 – impõe a instauração de procedimento administrativo visando apurar a prática, pelo preso, de falta disciplinar, ficando clara a opção legislativa pelo contraditório e ampla defesa fora de procedimentos jurisdicionais.

Descabe procedimento judicial a usurpar o que estabelecido para processo administrativo. A situação não se confunde com o controle de legalidade, exercido no âmbito do Judiciário.

Conforme assentou o Pleno no julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança nº 26.510, relator ministro Cezar Peluso, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 26 de março de 2010, as instâncias penal e administrativa são independentes entre si.

Desprovejo o recurso extraordinário. Eis a tese: “A tomada de depoimento do condenado, em audiência de justificação perante o Juízo da Execução Penal, na presença de defesa técnica e do Ministério Público, não dispensa procedimento administrativo disciplinar para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.”

04/05/2020
PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598 / RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Em suma, o caso traz à lume a discussão a respeito da possibilidade de se reconhecer a prática de falta grave por meio da oitiva judicial do apenado em audiência de justificação realizada na presença de seu defensor e do Ministério Público, ainda que *não tenha ocorrido* prévia instauração *de processo administrativo disciplinar* (PAD).

Propõe o Ministro Roberto Barroso o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação de jurisprudência, com a fixação da seguinte tese:

A oitiva do condenado em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público afasta a necessidade de prévio procedimento administrativo disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou deficiência de defesa técnica no PAD.

Colaciona o eminente Relator julgados da Corte sobre o tema, como, por exemplo, o RHC nº 109.847/DF, Primeira Turma, de *minha relatoria*, cuja ementa foi lavrada nos seguintes termos:

Recurso ordinário em habeas corpus. Falta grave. Fuga. Pretendida nulidade do ato que reconheceu a prática da falta de natureza grave por ausência de procedimento administrativo disciplinar (PAD). Não ocorrência. Nulidade suprida na audiência de justificação. Oitiva do paciente em juízo, devidamente assistido por um defensor e na presença do Ministério Público. Observância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV). Finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo disciplinar alcançada de forma satisfatória. Princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 e 244 do CPC). Aplicabilidade. Recurso ao qual se nega provimento. Reconhecimento da falta grave que implicou a perda integral dos dias remidos. Impossibilidade. Revogação do tempo a ser remido limitado ao patamar máximo de 1/3 (um terço). Lei nº 12.433/11. Novatio legis in melius. Possibilidade de retroagir para beneficiar o paciente. Princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.

1. Ao contrário do que afirma a recorrente, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar (PAD nº 017/2009), o qual não foi homologado pelo Juízo de Direito da Vara de Execução Criminal de Novo Hamburgo/RS, que entendeu que a defesa do apenado deveria ser feita por advogado habilitado.

2. No entanto, essa irregularidade foi suprida pela repetição do procedimento em juízo, quando foi feita a oitiva do paciente, devidamente acompanhado de seu defensor e na presença do Ministério Público estadual. Portanto, não há que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa no ato que reconheceu a prática de falta grave pelo paciente.

3. Aquele juízo[,] na audiência de justificação, ao não potencializar a forma pela forma, que resultaria na pretendida nulidade do PAD pela defesa, andou na melhor trilha processual, pois entendeu que aquele ato solene teria alcançado, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no procedimento administrativo em questão. Cuida-se, na espécie, do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, preenchem-lhe a finalidade essencial (art. 154 do CPC) e, ainda que a lei prescreva determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz poderá, mesmo que realizado de outro modo, considerá-lo hígido quando tenha alcançado sua finalidade essencial (art. 244 do CPC).

4. Recurso ao qual se *nega provimento*.

5. Caso de concessão de *habeas corpus* de ofício, pois o reconhecimento da prática de falta grave pelo paciente implicou [a] perda integral dos dias a serem remidos de sua pena, o que, à luz do novo ordenamento jurídico, não mais é permitido.

6. A nova redação conferida pela Lei nº 12.433/11 ao art. 127 da Lei de Execução Penal, limita ao patamar máximo de 1/3 (um terço) a revogação do tempo a ser remido.

7. Por se tratar de uma *novatio legis in melius*, nada impede que ela retroaja para beneficiar o paciente no caso concreto. Princípio da retroatividade da lei penal menos gravosa.

8. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício. (DJe de 22/11/11 – grifos conforme o original)

No julgado em questão, a Corte entendeu que eventual *vício de nulidade ocorrido no processo administrativo disciplinar (PAD) instaurado* pode ser suprido na audiência de justificação caso o apenado tenha sido ouvido na presença de seu defensor e do Ministério Público. Destarte, ficaria alcançada, de forma satisfatória, a finalidade essencial pretendida no PAD, não havendo, portanto, que se falar em inobservância dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, incisos LIV e LV).

No mesmo sentido há inúmeros outros julgados. Portanto, o Supremo Tribunal Federal tem, de fato, entendido que a oitiva do condenado pelo juízo da execução penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, *supre eventual insuficiência ou ausência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena*.

Todavia, como dito no início, este caso retrata a ausência de prévia instauração de PAD.

Com efeito, em casos como esse, há julgados do Supremo no sentido de que *“o procedimento administrativo disciplinar é imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave”*. (ARE nº 709.383/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 2/4/14)

Na decisão mencionada, consignou o Relator que:

[n]ão prevalece a alegação de que a suposta nulidade do procedimento administrativo disciplinar teria sido suprida na audiência de justificação, já que o acórdão recorrido expressamente reconheceu a ausência do PAD, que sequer alcançou sua finalidade essencial.

Perfilha esse entendimento a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO APENAS EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (LEP, ART. 59), EM QUE SE ASSEGURE O DIREITO A AMPLA DEFESA – PRECEDENTES – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE nº 969.367-AgR/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 2/12/16)

Destaco ainda os seguintes precedentes: RE nº 1.002.915/RS, decisão monocrática, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 6/3/17; RE nº 971.935/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 24/2/17.

Consoante advertido pelo Ministro Celso de Mello, *“o procedimento administrativo disciplinar é imprescindível para a apuração, registro e eventual sanção, ante o reconhecimento da falta grave”* e sua ausência não pode ser suprida pela audiência de justificação com a presença de defesa técnica e do MP, *“haja vista serem fases distintas, ambas com seus objetivos e competências descritas na lei”*. (RE nº 969.367/RS-AgR, Segunda Turma, DJe de 2/12/16)

Vale anotar, ainda, que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.378.557/RS, submetido à sistemática dos recursos representativos da controvérsia (CPC/73, art. 543-C), fixou orientação nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER

DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

2. Recurso especial não provido. (Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21/3/14)

O Supremo Tribunal Federal também reúne precedentes, *inclusive de minha lavra*, quanto à compreensão de que a oitiva do condenado pelo juízo da execução penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público *não afasta a necessidade de prévia instauração do procedimento administrativo disciplinar (PAD)*.

Sob essa perspectiva, o caso seria de *negativa de provimento do recurso*, uma vez que o acórdão recorrido *expressamente reconheceu a ausência de instauração prévia do PAD*.

Contudo, considerando que o Plenário é o *locus* adequado à rediscussão da matéria, penso que a solução da matéria foi bem equacionada pelo Relator, ao consignar que:

[a] apuração de falta grave em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal, não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, o que atende, por igual, ao princípio da eficiência de que cuida o art. 37 da Constituição Federal.

Ademais, é certo que:

[e]m uma estrutura congestionada como a da Execução Penal, qualquer atividade redundante ou puramente formal significa desvio de recursos humanos ou da atividade principal do Juízo, inclusive e notadamente a de assegurar os benefícios legais para que ninguém permaneça no cárcere em prazo superior à condenação.

Por essa óptica, estou convicto de que os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV) estariam assegurados com a adequada realização da oitiva do condenado pela autoridade judiciária (juízo da execução penal) em audiência de justificação na presença do defensor e do Ministério Público, ainda que ausente procedimento administrativo disciplinar (PAD).

Isso porque, como lembrou o Relator, o procedimento judicial conta com mais garantias que o procedimento administrativo, cuja decisão sempre pode ser revista judicialmente, prevalecendo, sempre, a decisão judicial sobre a administrativa.

Nesse sentido, acompanho Sua Excelência pelo provimento do recurso, encampando-se, assim, a tese de repercussão geral proposta.

É como voto.

PLENÁRIO EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 972.598

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECDO.(A/S): MARIA EDNA SILVA DE PAIVA

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (00000/DF)

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 941 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Foi fixada a seguinte tese: “A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.” Falaram: pela

recorrida, o Dr. Rafael Raphaelli, Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul; e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Esdras dos Santos Carvalho, Defensor Público Federal. Plenário, Sessão Virtual de 24.4.2020 a 30.4.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário